論　説

インターネットオークションにおける暴利行為と契約責任
――ドイツ連邦通常裁判所 2012 年 3 月 28 日判決を素材として――

渡邉　拓

一　問題の所在

近年、日常生活の中にも浸透しつつある、いわゆるインターネットオークション上で購入された目的物に瑕疵があった場合の法的問題について、近時、ドイツの連邦通常裁判所（以下「BGH」という）において注目すべき判決が出された（BGH2012 年 3 月 28 日判決。以下「ヴァーチュ判決」という）。

インターネットオークションは、通常の売買契約とは異なり、非常に高価な商品でも、非常に低廉な価格からスタートすることがある。その結果として、その商品の実質的な価値よりもかなり割安で落札できることもあり、いわゆる投機的な性質も有する。他方で、通常のネット販売とは異なり、売主・買主共に消費者である場合もありうるという点も特徴的である。本判決は、インターネットオークション上の売主の契約責任の問題について興味深い素材を提供してくれるだけでなく、インターネットオークション上で締結された契約の暴利行為性についても示唆に富むものとなっている。

以下では、ヴァーチュ判決を紹介した後、日本法との比較を行う。その際には、現在、法制審において議論が続けられている債権法改正についても、この問題に関連する限りにおいて言及する。

二　BGH2012年3月28日判決民事第8部（NJW 2012, 2723）

（一審LGザールブリュッケン2009年8月21日判決、二審OLGザールブリュッケン2010年8月26日判決）

【事実関係】

原告は、被告に対して、インターネットプラットフォーム「eBay」上で締結された売買契約に基づいて、損害賠償を請求している。

被告は、インターネットプラットフォーム「eBay」上で、オークション形式で、携帯電話を、「Vertu Weiss Gold（ヴァーチュ、ホワイトゴールドモデル）」(1)の表示のもと、写真を添付して、スタート価格1ユーロで出品した。説明には「中古品」との注意書きがあった。さらに被告はこの点について以下の通り通知していた：

「ハロー、すべてのヴァーチュ愛好家に。

あなたに、ほとんど新品の携帯電話を提供します（試しに箱から出されただけ）。しかし、若干の軽微な使用の痕跡があります（私は誠実にそのことに言及します）。2個競り落とし、私は、純金タイプの方に決めました。説明書（英語）は純金タイプのものを添付します。それ以外のものは私はもらっていません。それに加えて、ケース、ヘッドフォン、スペアの充電池が付きます。私的な売買ですので、取消はできません。どうぞ注文をお待ちしております。」

原告は1,999ユーロの最高入札額をつけ、782ユーロで落札した(2)。ところが、原告は、コピー商品の疑いがあるという理由で、被告から出品された携帯電話の受領を拒否した。引き渡し期日に提供された携帯電話については、Veptu社のイミテーションの疑いがあり、被告によって出品された携帯電話のオリジナ

ルの価値は2万4000ユーロであると、原告は主張した。「オリジナルのヴァーチュ・ハンディ・シグニチャー・ホワイトゴールド」を引き渡すか、もしくは損害賠償を支払え、との原告の催告に、被告は応じなかった。

原告は、被告に対して、損害金2万3218ユーロ（2万4000ユーロから売買代金782ユーロを差し引いた額）に利息を付した額の支払い、および訴え提起前の弁護士費用の支払いを請求した。原告は予備的に売買契約の履行、並びに被告の履行遅滞についての確認を求めた。原審は原告の訴えを棄却した。原告は、当部によって許可された上告によって、主たる請求についての認容を求めた。

【原審】

結論：損害賠償は認められない。

理由：①本件売買契約の内容が原告の主張通りだとすると、本件売買契約は準暴利行為で無効である。なぜなら、本件の携帯電話の価値は、原告の入札額の12倍であり、このような契約は、著しく不均衡であり、原告の非難すべき主観的事情も推定されることになる。

②仮に売買契約が有効であったとしても、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権は否定される。なぜなら、本件売買契約では、オリジナルのヴァーチュの携帯電話という性質が前提とされていたわけではないので、本件の携帯電話には瑕疵はない。本件オークションのスタート価格が1ユーロであったという事情もオリジナルであるという性質合意の存在を否定する事情となる。

③仮に瑕疵があったとしても、原告は重過失の結果瑕疵を認識できなかったのであり、ドイツ民法典（以下「BGB」という）442条に基づき、損賠償請求権は排除される。すなわち、原告は、実質価格2万4000ユーロの携帯電話が、1ユーロというスタート価格で出品されていることから、本件の携帯電話の真正について合理的な疑いを抱くべきであった。

【BGH の判断】

上記の判断は法的再検討に耐えられない。原審の認定事実によれば、BGB280 条 1 項、3 項、281 条 1 項 1 文(3) に基づく原告の損害賠償請求権は否定されない。

1. 原審の認定とは異なり、原告によって主張されている損害賠償請求権は、被告と締結された契約は準暴利行為として公序良俗に反して無効である（BGB138 条 1 項）という理由では、否定されない。

a）原審は、当事者間で締結された売買契約の公序良俗違反の認定について、BGH の確定判例に依拠している。その判例によれば、約束された報酬とそれに対する反対給付の価値との間に著しい不均衡がある法律行為は、たとえば、非難すべき主観的事情や、あるいは困難な事情の悪用や不相当な利潤追求に対する相手方の経験不足のような新たな事情が付け加わった場合には、BGB138 条 1 項により無効となる。給付と反対給付との間に、重大な、特に著しい不均衡が存在する場合には、そのような事情は、通常、利益を得る契約当事者の非難すべき主観的事情、およびそれとともに法律行為の良俗違反性の推定を正当化する。そのような著しく重大な不均衡は、通常は、土地の売買契約やそれと比肩しうるほど価値の高い動産の売買契約の場合に、給付の価値が反対給付のそれと比較して約 2 倍に上るようなときには、認定される。原審は、これらの判例は買主によってつけられた最高入札額に目的物の価値との著しい不均衡があるインターネットオークションにも援用可能であると解している。

それに対して、下級審判例及び学説では、インターネットオークションの特殊性に鑑み、給付と反対給付の不均衡からは、BGB138 条で求められている非難すべき主観的事情という主観的要件は導くことはできない、という見解が主張されている。このような見解は正しい。

b）通常、極端に異常な給付には、困惑がないわけではないか、もしくは、害される者の意思決定を妨げるその他の事情があり、利益を得る側もこのことを分かっている、という経験則から、特別に重大な等価性の不均衡から利益を得る側の非難すべき主観的事情が導かれる。しかしながら、インターネットオークションの場合には、当然には、そのような証明の徴表を前提とすることはできない。なぜならば、インターネット上の契約は、原則として、契約交渉（そこでは客観的に不利な側が譲歩を迫られる）において契約当事者のみが相対するような、従来のはっきりした事例とは区別されるからである。

この場合、出品された目的物の価値を下回る入札額から、入札者の非難すべき主観的事情を推論することはできない。確かに、入札者にとっての売買代金は、さしあたり、彼によって入力された最高額によって上限を画される。しかし、できるだけ低い価格を入札することで、オークション目的物を「お買い得価格（Schnäppchenpreis）」で落札するチャンスをつかむことが、まさに、（インターネット）オークションの魅力である。逆に、出品者の方は、競り売りのシステムを通じて最終的に有利な売買代金を獲得するというチャンスをつかむことができる。それゆえ、最初から、入札者にとって限度額いっぱいの最高の入札額を入札するのではなく、――例えばオークションの終了直前に――その時点での最高額を入札する、ということは、入札者にとって、完全に戦略的な意味を持ちうる。しかしながら、入札者によって入札された最高額で目的物を取得するチャンスについて、その時点で、オークションの計画に基づいて計算可能である場合には、入札者は、そのようなことをする動機付けはない。このような理由から、原審によって認定された非難すべき主観的事情の推定は、出品物の価値と最高入札額の比較のみを理由としては正当化できない。

むしろ、――ありうる給付と反対給付の不均衡に加えて――、そこから、インターネットオークションの枠内では、契約締結の際に、入札者はその場合に

存在している特別の価格形成事情にもかかわらず、困惑あるいは出品者の意思決定を妨げるその他の事情を非難されるべき方法で自己に有利に利用したことが推論されうるような追加の事情が必要である。原審はそのような事情を認定していない。

以上の点とは別に、原審は、被告によって出品された携帯電話の価値について何の認定も行っておらず、むしろ、その判断は、原告によって主張されている新品のヴァーチュの「シグニチャー、ホワイトゴールド」の店頭小売価格に依拠している。これは、明らかに誤りである。出品された携帯電話は新品ではなく、中古品であった。被告は、それは自ら競落したものであり、正規取扱店において取得したものではないということを主張しており、さらに被告は取扱説明書も紛失している。そのような目的物は、明らかに、正規取扱店における新品の市場価値は有さない。

2. 原審によって与えられた理由づけによれば、出品されている携帯電話については、ヴァーチュブランドのオリジナルサンプルが取り扱われているという内容の性質合意も否定されることになる。原審は、「とりわけ」被告によってつけられた 1 ユーロというオークションのスタート価格は、前述のような性質合意（BGB434 条 1 項 1 文 [(4)]）の認定には不利に働くと考えている。

原審は、インターネットオークションの特殊性に鑑み、出品された目的物の価値を考慮すると、スタート価格からは、何ら意味のある意思表示を読み取ることができないという点を見落としている。なぜなら、購入に関心のある人の最高入札額から、獲得されうる価格が形成され、それゆえ、ごく低額のスタート価格の商品であっても、その商品にふさわしい金額を支払う用意のある入札者が多数いる場合には、高額の最終価格に至りうることもあるので、インターネットオークションの際に獲得されうる価格は、スタート価格とは完全に無関

係だからである。このようなシステムは、出品者に、高価な商品を低額のスタート価格で出品させることを促しうる。例えば、出品者は、そのようなスタート価格でもって、購入に関心がある多数の人について興味を惹起することを試みることができ、そして、その際には、多数の入札によって高い価格に到達し、あるいは低額のスタート価格によって出品手数料を最低限にするという期待が支配している。それゆえ、当事者が価格を形成する性質について性質合意を形成していたかどうかを、インターネットオークションのスタート価格から逆に推論することは、原審の見解に反して不可能である。

出品物の説明によって、出品されている携帯電話については、ヴァーチュブランドのオリジナルサンプルが扱われているという内容の性質合意が行われたかどうかは、（原審が――その立場からは首尾一貫して――これまで行ってこなかった）当該事案の全ての事情の考慮のもと、与えられた意思表示の包括的な評価が必要である。

3. 先に述べた理由から、被告によって出品された携帯電話の真正という仮定的瑕疵を、原告は重過失の結果認識しないままであった（BGB442条1項2文[(5)]）（原告によって主張されている価値を持つ携帯電話がインターネットプラットフォーム上に、1ユーロというスタート価格で出品されるということは経験則に反するので）という予備的な理由でもって、主張されている損害賠償を否定したという点においても、原審には従えない。

以上の理由から、取り消された判決は、上告理由によって非難された限りで、もはや効力を持たない。よってその限りで破棄される（ドイツ民事訴訟法557条1項、562条1項）。

本件事案は、争点が終局判決に至るほど熟していないので、必要な事実認定

を行うために、破棄された範囲で原審に差し戻される。それに基づいて、原審は、弁論の全趣旨の評価において、合理的な受領者の視点から、被告の出品は、ヴァーチュブランドのオリジナルが対象品であったのかどうかという点について、判断しなければならない。

「ヴァーチュ」という表示を伴った表題で出品され、明確に「ヴァーチュ愛好家に」向けられていたという事実がこの判断の出発点である。これは、（真正な携帯電話が目的物であるという）性質合意の認定に有利に働きうる事情である。さらに、eBay では、レプリカ及びコピー商品の売却は明確に禁じられているという事情も加わる。このような禁止は、出品者の意思表示の解釈の際にも考慮されねばならない。なぜなら、既に当部で判断しているように、eBay 上で行われたインターネットオークションの枠内における売買契約の締結の際には、意思表示の表示内容は、インターネットオークションに参加する前の当事者が同意していた eBay の約款の規定にも従う。

それに対して、その他の事情は、（真正な携帯電話が目的物であるという）性質合意の存在についての疑いを惹起するのに適しているように思われる。それゆえ、争点となっている電話と、他のヴァーチュの携帯電話を被告自ら競落したのであり、従って、正規取扱扱店で購入していないということを被告は陳述した。それに取扱説明書もない。さらに、出品の説明文には――高級品については通常はあり得ない――型番について記載が含まれていない。出品物の型番に関して、出品者が添付した写真から詳細が明らかになったかどうかについては、原審は認定していない。

三　分析視覚

本件において、原審と BGH の見解が分かれた争点として次の三つをあげる

ことができる。

①BGB138条1項の準暴利行為の成否
②本件携帯電話の真正についての性質合意
③コピー商品であることを買主が認識できなかったことについての重過失

さらに、BGHが審理を原審に差し戻したことにより、残された問題としては、損害賠償の範囲の問題がある。

以下では、これらの争点のうち、さしあたり、①の準暴利行為、②の性質合意、および損害賠償の問題について、日本法との比較を交えながら検討する。③の重過失の問題も隠れた瑕疵の要件とも関連して重要なものではあるが、本稿の検討の対象からは割愛する。

四　準暴利行為

1　ドイツ法

ドイツでは、暴利行為は、BGB138条2項[(6)]に規定されているが、2項は、①著しい給付の不均衡という客観的事情、②不利益を被る側の窮迫等の主観的事情、③利益を得る側が①②を知りつつそれに乗じたという主観的事情、の3要件を満たす必要があり、特に、③の立証が非常に困難であったため、2項はあまり用いられなくなった。しかし、その後、判例は、2項の主観的要件が満たされていない場合であっても、著しい給付の不均衡に加えて、その他の非難されるべき主観的事情が存在する場合には、準暴利行為として、BGB138条1項により無効とするようになった[(7)]。

2　ヴァーチュ事件

本件では、著しい給付の不均衡というBGB138条2項の暴利行為の客観的要

件は存在するが、「困惑・経験不足の利用」などの主観的要件は存在していない法律行為が問題となっている。ローレンツ教授によれば、BGB138 条 2 項の特別な性質に鑑みると、本件のような場合には、BGB138 条 1 項の無効は、給付と反対給付の不均衡のみによって根拠づけることは難しく、さらに、公序良俗違反を根拠づけるメルクマールが付け加わる必要があるという[(8)]。

原審は、本件売買契約が準暴利行為に当たる理由として、「BGH の判例によれば、給付と反対給付との間に顕著な不均衡があり、少なくとも、主観的・客観的要件を総合考慮すると当該契約は良俗違反であると思われるような新たな事情が付け加わる場合には」当該法律行為は準暴利行為となるという[(9)]。そして、「その場合、特に重大な不均衡は、受益者の非難すべき主観的事情を推論させる」として、「このような推定準則は、インターネットオークション上で締結された売買契約にも適用可能である」とする。

これに対して BGH は、一般的に、極端な給付の不均衡からは、利益を得る側の非難すべき心情（verwerfliche Gesinnung）という主観的事情が推論されるとするが、インターネットオークションの場合には、特殊な事情があり、この法理はそのままは適用されないとする。すなわち、インターネットオークションでは、入札者はできるだけ低い入札額を入れることで「お買い得価格」で商品を落札できるのがまさにインターネットオークションの魅力であり、入札者が出品商品の実際の価値を遙かに下回る価格で入札することも、インターネットオークションの戦略としては完全に合理的なものであり、それだけで入札者の非難すべき心情を推論することはできず、より積極的に出品者等を害するような事情が必要という。このように、BGH は、いわゆるインターネットオークションの投機的側面を重視することにより、準暴利行為の主観的要件をある意味厳格に解している。

このような BGH の判断に対して、多くの評者は賛意を表する。

ローレンツ教授は、「BGH は、適切に、eBay オークションの特殊性が、準暴利行為の転用を許さない、という点を説明している」とし、「過度の

「Schnäppchen（お買い得）」を行うことも、この場合、まさに、このような販売方法の魅力であり、いわばゲームのルールである。非難すべき心情についての事実上の推定が基礎においている経験則、すなわち、通常は、異常な給付には、困惑がないわけでないか、あるいは、害される側の意思決定を阻害するその他の事情があるという経験則は、この場合全く影響を及ぼさない」とされる(10)。

クルケ弁護士も、「いわゆるインターネットオークションで成立した契約において、主張されているような給付と反対給付の著しい不均衡のみを理由として、BGH が準暴利行為の原則を持ち込むことを拒否するのであれば、BGH には全面的に賛成される」とされる。そして、アイケルマンの見解(11)を引用し、「非難すべき心情の推定と準暴利行為の基本的組み合わせは、通常は、典型的には最初から良俗に反して騙された者の経済的あるいは知識の面での格差が存するような完全に特定の契約タイプの場合にのみ用いられ」、「まさに、土地あるいはそれに比肩しうる価値の高い動産の売買契約の場合には、一方当事者は必要に迫られて、給付と反対給付の間に特に極端な不均衡が存するような法律行為にかかわるわけではないという経験則が当てはまる」が、「そのような必要性は、eBay オークションの際の最高入札者に対する売買においては、基本的に、推定もされず、何らかの特別の証明基準に基づいても認定されえない」という(12)。

3　日本法における暴利行為論

（1）判例および学説

日本民法は暴利行為に関する規定を有さないが、判例は古くから、「他人ノ窮迫軽卒若ハ無経験ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス」（大判昭 9.5.1 民集 13-875）として暴利行為が無効となる場合を認めている。このように判例法理は、「他人の窮迫・軽率・無経験を利用すること」（主観的要件）と、「著しく過当なる利益」（客観的要件）という 2 要件を定立している

とされる[13]。

学説の中には、裁判例においては、必ずしもこのような定式が遵守されているわけではなく、客観的事情から主観的要件を推定するものや、客観的要件単独で暴利行為を認める裁判例もかなり存在するとの分析も存在し、そのような方向を支持する学説は、暴利行為の上記 2 要件のうち、客観的要件をより重視するスタンスを採る[14]。他方で、裁判例では依然として上記定式が貫徹されていると理解する立場もある。このような立場は、暴利行為を自己決定権侵害の下位類型として理解するがゆえに、主観的要件を重視する方向につながる[15]。

(2)　法制審における議論

法制審議会民法（債権関係）部会第 64 回会議（平成 24 年 12 月 4 日）中間試案のたたき台（1）[16]

> ⑵ 暴利行為
> 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を獲得し、又は相手方に著しく過大な義務を負担させる法律行為は、無効とするものとする。
>
> （注）相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過当な利益を獲得する法律行為は、無効とする旨の規定を設ける別案がある。また、規定を設けるべきではないという考え方もある。

事務局からの提案理由としては、「暴利行為の効力は否定されるべきであると考えられるが、従来は、このような法律行為を無効とする根拠として、民法第 90 条が用いられてきた。すなわち、判例法理（大判昭和 9 年 5 月 1 日民集 13 巻 12 号 875 頁ほか）は、他人の窮迫、軽率又は無経験を利用し、著しく過当な利益を獲得することを目的とする法律行為を暴利行為とし、これを公序良俗に反して無効とする。さらに、近時の裁判例においては、必ずしもこのような伝統的な要件に該当しなくても、不当に一方の当事者に不利益を与えるもの

として効力を否定すべきものが現れているとされている。そこで、本文では、近時の裁判例の動きを踏まえ、伝統的な要件のうち、「窮迫、軽率又は無経験」という主観的要素を「困窮、経験又は知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情」と、客観的要素を「著しく過当な利益を獲得し、又は相手方に著しく過当な義務を負担させる法律行為」と、それぞれ修正した上で、暴利行為に関するルールを明文化するものである。これに対しては、伝統的な要件に従って明文化するとする別案があり、また、そもそも規定を設けるべきでないという考え方があるので、これらを(注)で取り上げている」と説明されている。

このように、改正の方向としては、判例法理をベースとして、BGB138条2項と同様に、客観的要件と主観的要件を定立するという構造を維持しつつ、主観的要件の中身をより具体的かつ包括的なものとするようである。

4 小括

既に見たように、日本法における暴利行為論もおおむねドイツ法と同様の判断枠組みを用いている。それゆえ、日本法においても、たとえば、ヴァーチュ事件のように、インターネットオークションにおいて同様の事件が起こった場合に、本判決と同様に解釈されるのか問題となり得よう。

おそらくは、日本においても、インターネットオークションにおいて暴利行為を認定するのはかなり難しいと思われる。ヴァーチュ判決においてBGHも指摘するように、インターネットオークションはそもそも良いものをできるだけ安く競り落とすことが魅力であり、投機的な性格も有しており、落札者がある程度大きな利益を得たとしても、暴利行為を認定することは難しいかもしれない。

しかし、たとえば、記憶に新しいみずほ証券誤発注事件[17]のような場合に、誤発注に乗じて、ネットトレーダーが巨利を得たような場合には、著しい給付の不均衡が存在し、かつ相手方の軽率に乗じようとする非難すべき主観的事情

も認定可能かもしれず、法制審で提案されている条文案によっても無効となる可能性もある [18]。

五　性質合意と損害賠償

1　ドイツ法

旧 BGB459 条の瑕疵担保責任は、売買目的物が危険移転時に瑕疵を帯びていた場合には、買主は解除あるいは代金減額を請求できたが、損害賠償については、旧 BGB463 条に定められている通り、保証もしくは瑕疵の悪意の黙秘の場合にのみ請求できるという構造であった。これに対して、2002 年から施行された新債権法では、瑕疵担保責任は債務不履行責任に統合され、物の瑕疵担保責任としては、まず第一に、追完あるいは修補などの履行請求権の行使があり、それが尽きたときに、各々の要件に応じて、代金減額・解除、あるいは損害賠償等の救済が買主に与えられる。追完および解除・代金減額については帰責事由は不要であるが、損害賠償については、瑕疵ある目的物を給付することが義務違反であり、義務違反のある場合については、新 BGB280 条において、帰責事由のある場合には損害賠償が認められている。そして、その帰責事由についての定めが、新 BGB276 条にあり、そこでは、債務者の故意・過失以外に、損害担保の引き受けも帰責事由として位置づけられている [19]。

2　ヴァーチュ事件

原審は、被告（売主）は当該携帯電話のオリジナル性について必ずしも明示していたわけではなく、また、スタート価格が 1 ユーロであったという事情からも、オリジナルであるという性質合意は成立していなかったと判断した。

これに対して、BGH は、スタート価格が 1 ユーロであったという事実は、必ずしも、性質合意の認定に不利に働くわけではないという。その理由として、インターネットオークションにおけるスタート価格というのは、法的に意味の

ある表示であるとは見なされないという。すなわち、インターネットオークションでは、低額のスタート価格によって多くの潜在的な入札者の関心を惹起することで、結果として高額の落札額に至ることもありうるのであり、スタート価格から当事者間の性質合意を逆に推論することはできないとする。そして、本件において性質合意を認定するためには、本件におけるすべての事情を総合考慮する必要があるとして、この問題を原審に差し戻す。その上で、ありうる解釈指針として、①被告（売主）は明確に「ヴァーチュ愛好家」に向けて出品していた、② eBay の約款では、レプリカやコピー商品の出品は明確に禁止されている、などの事情が性質合意の認定に有利に働き、逆に、それ以外の事情、特に、本件携帯電話は他の携帯電話とともに被告自らが競落したもので、正規取扱店から購入したものではなく、それゆえ取扱説明書もなく、また高級品の場合には通常はあり得ない型式番号の表示もない、などの事情は性質合意の認定に不利に動きうるため、これらの事実認定を行う必要があるとする。

このように、原審は、そもそも性質合意の存在を否定したため、損害賠償の範囲の問題には立ち入らなかったが、BGH は、性質合意の成立の可能性を示唆した上で、損害賠償の可能性にも言及する。しかし、その額については、原審に差し戻されているため、本判決からは明らかではない。

この点について、ローレンツ教授は、本判決の評釈の中で、「もっとも、本件機器がオリジナルとして売買され、場合によっては、BGB434 条 1 項 2 号の客観的瑕疵概念から、オリジナルとして履行義務が負わされているということが明らかになる場合であっても、特定物債務の性格に鑑み、原審の引用する BGB280 条 1 項 3 項、281 条（履行に代わる損害賠償）からではなく、BGB311a 条 2 項 [(20)]（直接適用される。なぜなら、引渡しを欠く場合の BGB437 条の適用領域はいまだ明らかではないからである）から被告の責任が生じている。必ずしも、性質合意を前提とすることはできないので、その場合、被告は、BGB311 条 2 項 2 文 [(21)] の責任を、売買された機器についてコピー商品が扱われているということについて善意無過失で売買したということを証

明した場合にのみ免れることができる。被告がこのような証明に成功しなかった場合、被告は全ての履行利益について責任を負う。このことは、立法者が、2002 年の債権法改正によって、軽過失の場合の売主の損害賠償責任を導入したという事実からの論理的帰結である」と述べ、履行利益の賠償の可能性も排除しない (22)。

また、ヘーレン教授も、「高級携帯電話を販売しているかのような外観を呈する者は、実は、自分はレプリカしか売るつもりはなかったということを援用することはできない。その場合は、まさに、不履行に基づく損害賠償も支払わねばならず、かつ、それは少なからぬ額になる」とされる (23)。

クルケ弁護士は、さらに一般給付障碍法の適用可能性について詳細に論じる (24)。クルケ弁護士によれば、BGH は、給付に代わる損害賠償の根拠条文として、明示的に、BGB434 条、437 条 3 号、440 条を引用せず、BGB280 条 1 項、3 項、281 条 1 項 1 文のみを挙げていることからすると、明らかに一般給付障碍法に基づく給付に代わる損害賠償請求権を前提にしているように見えるという。なぜなら、本件では、買主は本件携帯電話の受領を拒絶しており、BGB446 条 1 文の危険移転はまだ生じていないため、依然として合意された履行請求権が存在しており、瑕疵担保責任に基づく追完請求権は発生の余地がないからであるという。もっとも、危険移転前にも、瑕疵担保責任の規定は適用可能であるかという問題はあるが、BGH はこの問題には立ち入らない。しかし、買主が目的物を履行として認容して初めて瑕疵担保責任の適用があるという従前の判例法理によれば、本件においては、買主に給付に代わる損害賠償請求権は一般給付障碍法のみから導かれることになるという (25)。そして、給付に代わる損害賠償請求権が一般給付障碍法から導かれる場合には、結局、当事者が、契約において、オリジナルのヴァーチュの携帯電話という性質を合意していたかどうかが重要な問題となるとする (26)。その上で、本件において、オリジナル性が性質合意となっていたかどうかの問題については、売主が、「ヴァーチュ」というブランド名を用いていたことを重視し、コピー商品に対

しては、誰も1,999ユーロもの最高入札額を入れたり、782ユーロもの代金を支払ったりはしない、として、それらの事情は性質合意の成立に有利に働くとする。逆に、BGHが性質合意の成立に不利に働く事情として挙げる、正規取扱店から購入したものではなく、取扱説明書もないという点についても、オークションという性格からすると必ずしも異常なものではないとする[(27)]。そして、最後に、差戻審での審理の方向性について、「原審は、契約締結に付随するすべての事情の考慮のもと、特に、出品の際の写真について立ち入った検討のもと、当事者が売買目的物の性質について、出品されている携帯電話のもとではヴァーチュブランドのオリジナル機が扱われているという合意がなされていたかどうか、ということを判断しなければならない。より良い理由づけが、対応する性質合意の存在の認定にとって有利に働く。原審は、対応する性質合意を肯定すべきなのであれば、買主にヴァーチュブランドのオリジナル機を引渡し、所有権を移転することが、売主にとって当初からどの程度不能だったのか、という問題が新たに生じる。原審が、この問題についても肯定すべきなのであれば、売主は、契約締結時点で、履行障碍、すなわちその不能についてどの程度認識していたのか、あるいは、もし、知らなかったのであれば、その知らなかったことについてどの程度帰責されねばならないのか、ということについて詳細に検討しなければならない。後者については、本件諸事情によれば、完全に肯定されうるであろう。原審が、その場合、BGB311a条2項、275条4項、1項、433条1項1号に基づき、原則として、売主の責任を認めるに至るのであれば、少なくとも、買主側の過失相殺について検討しなければならない」とする[(28)]。

3　日本法における瑕疵概念

（1）　学説及び判例

通説は、瑕疵とは「売買の目的物に物質的な欠点がある場合である」と定義し、欠点と認めるべきかどうかは「一般には、その種類のものとして通常有すべき

品質・性能を標準として判断すべき」であるが、「売主が、見本により、または広告をして、目的物が特殊の品質・性能を有することを示したときは、その特殊の標準によってこれを定むべきである」とする [29]。このように、学説は一般的に主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念を併存させる。

判例も、籾摺り土臼の性能が問題となった事案において、大審院は「案スルニ売買ノ目的物ニ或種ノ缺陥アリ之カ為其ノ価額ヲ減スルコト少カラス又ハ其ノ物ノ通常ノ用途若ハ契約上特定シタル用途ニ適セサルコト少カラサルトキハコレ所謂目的物ニ瑕疵ノ存スル場合ナリ此ノ瑕疵ノ存否如何ハ危険負担カ売主ヨリ買主ニ移ル時期ニ就キテ之ヲ観ル可キハ危険負担ト云フ観念上殆ント自明ノ数ナラスンハアラス然リ而シテ此ノ瑕疵カ常人ノ当然発見スルヲ得ル性質ノモノニ属セス（所謂隠レタル瑕疵）且此ノ瑕疵ノ前記時期ニ存スヘキコトヲ売買締結ノ際買主ニ於テ知ラサルトキハ（其ノ知不知ヲ問ハス前記時期マテニ瑕疵カ除去セラルルトキハ問題無シ）売主ハ其ノ知不知ニ論無ク所謂瑕疵担保ノ責ニ任セサル可カラス而モ瑕疵ナルモノハ以上ノ場合ニ止マラス他無シ夫ノ売買ノ目的物カ或性能ヲ具備スルコトヲ売主ニ於テ特ニ保証（請合フノ意）シタルニ拘ラス之ヲ具備セサル場合則チ是ナリ蓋斯カル物ハ縦令一般ノ標準ヨリスレハ完璧ナルニモセヨ偶々此ノ具体的取引ヨリ之ヲ観ルトキハ是亦一ノ缺陥ヲ帯有スルモノニ外ナラサレハナリ」として、性質保証も瑕疵概念の一つとして位置づけられるとしている（大判昭和 8 年 1 月 14 日民集 12 巻 2 号 71 頁)。

(2)　法制審における議論

法制審議会民法（債権関係）部会第 67 回会議（平成 25 年 1 月 22 日）中間試案のたたき台（4）[30]

3　売主の義務

…

⑵ 売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、数量及び品質に関して、当該売買契約の趣旨に適合したものでなければならないものとする。

…

(注) 上記 ⑵ については、民法第570条の「瑕疵」という文言を維持して表現すべきであるとの考え方がある。

4　目的物に契約不適合がある場合の売主の責任

民法第565条及び第570条本文の規律（代金減額請求・期間制限に関するものを除く。）を次のように改めるものとする。

⑴ 引き渡された目的物に前記3 ⑵ に違反する不適合（以下「契約不適合」という。）があるときは、買主は、その不適合の内容に応じて、目的物の修補、不足分の引渡し又は代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができるものとする。ただし、その権利につき履行請求権の限界事由（部会資料53第7、3）があるときは、この限りでないものとする。

⑵ 売主が上記 ⑴ の履行の追完をしないときは、買主は、債務不履行の一般原則に従って、追完の不履行による損害の賠償を請求し、又は契約の解除をすることができるものとする。

⑶ 買主が上記 ⑴ により履行の追完を請求した場合において、売主がそれと異なる方法による追完の提供をしたときは、それが買主に不相当な負担を課するものでないときに限り、弁済の提供としての効力を有するものとする。

事務局からの提案理由によれば、「本文 ⑴ は、売買の目的物に契約不適合があった場合に、目的物の欠陥か数量不足かといった契約不適合の内容に応じて、その修補を請求し、又は代替物若しくは不足分の引渡しを請求することができる（修補請求権又は代替物等引渡請求権）とするものである。ある契約不適合の追完につき修補による対応と代替物等の引渡しによる対応等のいずれもが想定される場合に、いずれを請求するかは買主の選択に委ねることを前提としている。ただし書では、それらの追完請求権の限界事由（履行不能）につき、履行請求権の限界事由の一般原則に従うことを明らかにしている。本文 ⑵ は、売主が引き渡した目的物に契約不適合があった場合に、債務不履行の一般原則

に従って、追完の不履行による損害賠償の請求をし、又は追完の不履行による契約の解除ができるとするものである。本文（3）は、本文（1）に掲げるものの中から買主が選択する手段による追完を売主が提供したときは、弁済の一般原則により弁済の提供の効力が生じ、これにより債務不履行による損害賠償の請求ができず、また契約の解除をされることがないことを前提に、買主の選択とは異なる追完手段による履行の追完を売主が提供したときには、買主に不相当な負担を課すものでないときに限り、弁済の提供の効力を有するものとしている。売主が選択する追完手段を買主の選択する追完手段に優先させるものであることから、買主による選択の利益を不当に害しないものとするために、限定的な要件を設けるものである。以上で取り上げた目的物の契約不適合に基づく買主の権利（後記 5 の代金減額請求権も含む。）の行使要件について、その契約不適合が「隠れた」（民法第 570 条）ものであるという要件を設けないこととしている。現行法では、目的物に存する欠陥等が売買契約の内容確定に当たって織り込まれていたか否かを「隠れた」という要件において判断していると考えられるが、目的物に契約不適合があるか否かにつき売買契約の趣旨を踏まえて判断するものとする以上（前記 3（2）参照）、「隠れた」という要件を重ねて設ける必要性が乏しいことなどを考慮したものである。」と説明されている。

このように、改正の方向としては、売主の義務として「契約の趣旨に適合した目的物の給付義務」を明文化することで、いわゆる特定物ドグマの問題に決着をつけ、さらに、「瑕疵」という文言も「契約不適合」に改め、不適合に応じて、第一次的請求権として追完請求権が与えられ、追完が奏功しない場合には、解除・損害賠償・代金減額請求権が与えられるというというように、より履行請求権を中心とした債務不履行責任との整合性を意識した形での立法がなされるようである。

4　日本法における損害賠償の範囲

（1）相当因果関係説

中田教授によれば、我が国のかつての通説は、ドイツの学説を継受し、損害賠償の範囲は債務不履行との「相当因果関係」で定まるとする。すなわち、民法416条は、1項及び2項を合して相当因果関係説を採用したものであり、1項は、相当因果関係の原則を立言し、2項は、その基礎とすべき特別の事情の範囲を示すとする。判例も、416条が相当因果関係の範囲を示すという立場である（大連判大正15年5月22日民集5巻6号386頁）[(31)]。

（2）法制審における議論

法制審議会民法（債権関係）部会第64回会議（平成24年12月4日）中間試案のたたき台（1）[(32)]

5　契約による債務の不履行における損害賠償の範囲（民法第416条関係） 民法第416条の規律を次のように改めるものとする。 (1) 契約による債務の不履行に対する損害賠償の請求は、当該不履行によって生じた損害のうち、次に掲げるものの賠償をさせることをその目的とするものとする。 ア 通常生ずべき損害 イ その他、当該不履行の時に債務者が予見し、又は契約の趣旨に照らして予見すべきであった損害 (2) 上記（1）に掲げる損害が、債務者が契約を締結した後に初めて予見し、又は予見すべきものとなったものである場合において、債務者がその損害を回避するために契約の趣旨に照らして相当と認められる措置を講じたときは、債務者は、当該損害を賠償する責任を負わないものとする。 (注) (1) アの通常生ずべき損害という要件を削除する別案がある。

事務局からの提案理由によると、「1本文（1）は、債務不履行による損害賠償の範囲を定める民法第416条について、同条第1項の文言を維持しつつ、同条第2項にいう予見の主体・時期を明示するなど、規定内容の具体化・明確化等を図るものである。本文（1）イでは、同条第2項のうち、まず、予見可能

性の対象を「損害」に改めている。「事情」と「損害」という 2 つの概念を用いることは、規定内容を複雑で理解しにくいものにしているとの指摘があるほか、「事情」と「損害」とはもともと截然と区別できないものであって、予見の対象を「損害」としても具体的な事案における結論に差は生じないとの指摘があることを考慮したものである。なお、「損害」の意義につき、金銭評価を経ない事実として捉えるか、金銭評価を経た賠償されるべき数額として捉えるかについては、引き続き解釈に委ねるものとしている。民法第 416 条第 2 項における予見の主体と基準時について、判例・通説は、予見の主体は債務者で、予見可能か否かの基準時は履行期と解しているとされる（大判大正 7 年 8 月 27 日民録 24 輯 1658 頁）。これを踏まえ、本文（1）イでは、基本的にこの判例法理に依拠して規定内容の明確化を図っている。その際に同項の「予見することができた」という文言を「契約の趣旨に照らして予見すべきであった」と改めている。同規定は一般に予見可能性により賠償範囲を画するものとされるが、ここにいう予見可能性とは、ある損害が契約をめぐる諸事情に照らして賠償されるべきか否かを判断するための規範的な概念であるとされており、そのことをより明確に法文上表現するのが適切であるからである。このほか、本文（1）では、通常生ずべき損害（通常損害）とは定型的に予見可能な損害とされており、これと質的に区別されるかのような「特別」な損害という用語を使うことを避け、本文（1）のアをイの代表例と見る考え方を提示している。これを踏まえると、本文（1）アの「通常生ずべき損害」という文言は不要であるという考え方もあり得ることから、これを別案として注記している。2 本文（1）の規律のみを設ける場合には、契約締結時と履行期が離れている場合に、契約締結後に予見し又は予見可能となった損害を全て賠償の対象とすることになり得るが、それでは賠償範囲が広くなり過ぎて妥当でないとの指摘がある。この指摘を踏まえ、本文（2）では、本文（1）記載の要件に該当する損害のうち、債務者が契約を締結した後に初めて予見し、又は予見することができるに至ったものについては、当該損害を回避するために契約の趣旨に照らして相当と認

められる措置を講じた場合には、債務者が当該損害の賠償を免れるものとしている。」と説明されている。

このように、改正の方向としては、基本的に判例法理を明確化するものであるが、予見可能性に基づく損害賠償の確定ということからすると、いわゆる「通常損害」というものも「通常予見可能な損害」という形で、予見可能性に基づく一般規定に包摂されうるとして、通常損害の規定を削除すべきとの意見も有力なようである。

5　小括

本件と同様の問題が、日本で生じた場合には、日本法においても、ヴァーチュ判決と同様に、携帯電話の真正が契約の内容となっていたかどうかが問題となろう。本判決は、スタート価格が1ユーロであったということは、目的物のオリジナル性が合意の内容であることを否定するわけではないとするが、おそらく、日本法では、スタート価格が1ユーロ（約100円）で、かつ、2万4000ユーロ（約240万円）の価値を持つ物を、782ユーロ（約7万8200円）で落札できたとしたても、当事者の合理的意思解釈として、「本件携帯電話の引き渡し」を超えて、「240万円の価値を持つ携帯電話を引き渡す」義務まで合意した売買契約であるとは認定されにくいのではないかと考えられる。

損害賠償の範囲については、仮に、真正な携帯電話が売買目的物であると認定されれば、真正な携帯電話の価値と買主が支払った売買代金の差額は、いわゆる通常損害（履行利益）として、賠償範囲に入ることになると思われる。しかし、真正な携帯電話が契約内容でない場合には、不履行はないことになり、給付された携帯電話の価値が合意された代金を下回る場合でも、損害は生じないことになろう。ただし、給付された携帯電話の価値と代金額の差があまりに大きい場合には、逆に、売主の側の暴利行為性が問題となる可能性もある。

六　結びに代えて

ヴァーチュ事件はインターネットオークションという特殊な契約プラットフォームにおける、法律行為の有効性と瑕疵担保という古くて新しい問題を提起する。本件におけるBGHの判断は、インターネットオークションの特殊性を十分に考慮したものであり、今後の同様の問題に関する日本法における解釈にとっても興味深い示唆に富んでいる。今後は、差戻審において、オリジナルの携帯電話という性質合意が成立していたか、その場合の損害賠償の範囲はどこまでかという点についてどのような判断がなされるのか注目される。また、日本法においても、債権法改正の議論の行方とも相まって、インターネットオークションという特殊な契約プラットフォームにおける法律行為論及び契約責任論について、今後さらに検討を進めていく必要がある。

【追記】

本稿は、2012年6月の横浜実務民事法研究会および2013年1月の神戸大学民法判例研究会における報告に基づくものである。研究会の席上では、諸先生方より多くのご教示を賜った。ここに記してお礼に代えたい。

(1) ノキア傘下の富裕層向けの高級携帯電話ブランド。

(2) 最高入札額は一種の予算枠のようなもので、最高入札額の枠内であれば、eBayが自動的に競ってくれるシステムである。すなわち、他に自分よりも高額の入札者がいなければ、二番目の入札額に一定の入札単位額（入札額によって決まる）を上乗せした価格が落札額となる。

(3) BGB280条（義務違反に基づく損害賠償）

1. 債務者が債権債務関係に基づく義務に違反した場合には、債権者はこれによって生じた損害の賠償を請求することができる。但し、債務者が義務違反について帰責されない場合にはこの限りではない。

…

3. 債権者は、281 条、282 条、283 条の要件も満たされる場合にのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

BGB281 条

1. 債務者が弁済期の到来した給付を履行せず、または債務の本旨に適って履行しない場合は、債権者は、彼が債務者に給付または追完給付のために相当期間を定めて催告したにもかかわらず、それを徒過したときは、280 条 1 項の要件のもとに、給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が一部給付をしたときは、債権者は、彼が一部給付になんら利益を有しない場合にのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が債務の本旨に適った給付をなさないときは、債権者は、義務違反が重要でない場合、全部の給付に代わる損害賠償を請求しえない。

(4) BGB434 条（物の瑕疵）

1. 物が危険移転の際に合意された性質を有するときは、その物には物の瑕疵はない。性質が合意されないかぎりで、以下のときには、物には物の瑕疵はない。
   ① 物が契約で前提とされた使用に適しているとき、
   ② 物が通常の使用に適し、かつ、同じ種類の物の場合には通常であり、買主が物の種類に従って期待することができる性質を示すとき。買主が、物の一定の性質に関するとくに宣伝またはラベリングの場合の売主、（製造物責任法 4 条 [製造者]1 項および 2 項所定の）製造者またはその補助者による公の表明により期待することができる性質も、前文 2 号による性質に属する。ただし、売主がその表明を知らず、かつ、それを知る必要がなかったとき、その表明が契約締結の時点で同等の方法で訂正されていたとき、または、その表明が購入決定に影響を及ぼさなかったときには、このかぎりではない。
2. 物の瑕疵は、売主またはその履行補助者による合意された取り付けが不適切に行われたときにも、存在する。さらに、物の瑕疵は、取り付けの説明に瑕疵があるとき、取り付けのために定められた物に存在する。ただし、その物が間違いなく取り付けられるときには、このかぎりではない。
3. 売主が他の物または数量の少ないものを引き渡すとき、それは物の瑕疵と同じである。（ライポルト『ドイツ民法総論』（円谷峻訳）468 頁）

(5) BGB442 条

1. 契約締結時に買主が瑕疵を認識していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利は排除される。買主が重過失により瑕疵を認識しなかったときは、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかもしくは目的物の性質（Beschaffenheit）について損害担保を引受けていた限

りで、買主は瑕疵に基づく権利を主張しうる。

2. 登記簿に登記された権利は、たとえ買主がそれについて悪意であったとしても、売主はそれを除去しなければならない。

(6) BGB138 条

1. 善良な風俗に違反する法律行為は、無効である。

2. とくに、ある者が他人の窮迫、無経験、判断能力の欠如または意思の重大な薄弱に乗じて、自らまたは第三者に、給付と際だった不均衡にある財産的に有利な給付について約束または保証させる法律行為は、無効である。
（ライポルト・前掲 455 頁）

(7) 鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」椿・伊藤編『公序良俗違反の研究』（日本評論社、1995）142 頁以下。大村敦志『公序良俗 と 契約正義』（有斐閣、1995）227 頁以下、ライポルト・前掲 273 頁以下も参照。

(8) http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viiizr244_10.htm

(9) このような推定に対して、ローレンツ教授は、「このような推定は、気づかないうちに、ドイツ法には存在していない「laesio enormis（暴利行為）」（給付と反対給付が客観的に不均衡である場合には自動的に契約が無効になる）の導入に至ってはならない」という（http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viiizr244_10.htm）。

(10) http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viiizr244_10.htm

(11) Sarah Eickelmann, Zur Anwendbarkeit der Vermutung der verwerflichen Gesinnung, JURA 2011, 451, 453.

(12) Ulrich Kulke, Sittenwidrigkeit und Beschaffenheitsvereinbarungen bei Internetauktionen, NJW 2012, 2697.

(13) 山本豊「契約の内容規制（その 1）—暴利行為論」法教 338 号 100 頁。

(14) 大村・前掲 30 頁以下。

(15) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000）163 頁以下。

(16) http://www.moj.go.jp/content/000104766.pdf

(17) 東京地裁平成 21 年 12 月 4 日判決（判タ 1322 号 149 頁）。

(18) もっとも、インターネットオークションと同様に、ネットトレーディングも、常にそのような儲けのチャンスを狙っているものであるから、たまたまそれをつかんだ者をことさら非難することはできないという考え方もあろう。

(19) ドイツにおける性質合意については、さしあたり、拙稿「売買目的物の性質を保証し

た場合の売主の責任について――ドイツ連邦通常裁判所2010年3月17日判決を素材として――」横浜国際経済法学19巻3号135頁以下を参照。

(20) BGB311a条(契約締結の際の給付障害)

1. 契約の有効性は、債務者が275条(給付義務の排除)1項ないし3項により給付をする必要がないこと、給付障害事由がすでに契約締結の際に存することで妨げられない。

2. 債権者は、その選択に従い、給付に代わる損害賠償または284条(無駄になった出資の賠償)に定められた範囲においてその出費の賠償を請求することができる。このことは、債務者が契約締結の際に給付障害事由を知らなかったか、または、それを知らなかったことについて責めがないときには、あてはまらない。281条(給付が提供しきれなかったかまたは負担したようには提供されないことによる給付に代わる損害賠償)1項2文および3文ならびに5項は準用される。
(ライポルト・前掲463頁以下)

(21) BGB311条(法律行為上および法律行為類似の行為上の債務関係)

1. 法律行為による債務関係の設定ならびに債務関係の内容変更のためには、法律が別段の定めをしないかぎり、当事者間の契約が必要である。

2. 241条(債務関係に基づく諸義務)2項による義務を伴う債務関係は、以下によっても生じる。

① 契約交渉の着手、

② 交渉当事者の一方が何らかの法律行為的な関係を考慮して、相手方に対し同人の権利、法益および利益への影響可能性を与えたこと、または、同人にその可能性を委ねる契約締結の用意、または、

③ 法律行為に類似する接触、

によって生じる。

3. 241条(債務関係に基づく諸義務)2項に基づいた義務を伴う債務関係は、自らは契約当事者とはならない者に対しても生じる。そのような債務関係は、とくに、第三者が、特別な程度に自らへの信頼を求め、それにより契約交渉または契約締結が重大に影響を受けるときに生じる。
(ライポルト・前掲464頁)

(22) http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viiizr244_10.htm

(23) Tohmas Hoeren, Entscheidungsrezension zum BGH. Urt. v. 28. 3. 2012, EWiR 2012, 471.

(24) Kulke, a. a. O., NJW 2012, 2697, 2699.

(25) Kulke, a. a. O., NJW 2012, 2697, 2699.

（26）Kulke, a. a. O., NJW 2012, 2697, 2699 f.

（27）Kulke, a. a. O., NJW 2012, 2697, 2700.

（28）Kulke, a. a. O., NJW 2012, 2697, 2700.

（29）我妻栄『債権各論　中巻1』（岩波書店、1957）288頁。

（30）http://www.moj.go.jp/content/000106429.pdf

（31）中田裕康『債権総論　新版』（岩波書店、2011）160頁。

（32）http://www.moj.go.jp/content/000104766.pdf